Vertretung beim Eigentumserwerb.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Charlotte Lange

Gerichtsreferendarin aus Bunzlau.

Marburg 1934.

R. Friedrich's Universitäts-Buchdruckerei (Inhaber Karl Gleiser), Marburg-Lahn.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen
am 11. September 1933.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

Meinen Eltern!

Inhalt.

Schrifttum.

v. Beseler, Zwangsvertretung, D. J. Z. 1912, Sp. 897.
Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.
Bruck, Die Einigung im Sachenrecht, 1900.
Cohn, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, 1931.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1903, hrsg. v. Rudolf Leonhard, 1. Bd.
Endemann, Sachenrecht, 8/9. Aufl., 1905.
Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb., 1931, Allg. Teil des bürgerlichen Rechts.
Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1930.
Fischer-Henle, Das B. G. G., Handausgabe mit Anmerkungen, 13. Aufl., 1927.
Hahn, Gesamte Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 1879—81.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
Hölder, Kommentar zum B. G. B., Allg. Teil, 1900.
Hupka, Die Vollmacht, 1900.
Jeroschewitz, Die Vertretung bei der Fahrnisübereignung, Königsberger Diss. 1920.
Jung, Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf, Ztschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 47, S. 185 ff. (1898).
JW 1926, S. 244, Anm. (Hoeniger); 1911, S. 762; 1907, S. 747; 1912, S. 797.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd. 1904.
Kretschmar, Erfüllung, 1903.
LZ 1924, S. 476; 1926 S. 924.
Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Allg. Teil 1904.
Langen, Eigentumserwerb und -Verlust bei Kommissionsgeschäften 1900.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, J. J. B. 36, S. 1 ff. 1896.
Leonhard, Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb, 1899.
— — Schuldrecht.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.
—, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Auslegung von Rechtsgeschäften, 1901.
—, Interessenjurisprudenz, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, S. 309 ff.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, 6/7. Aufl., 1914.
—, Sachenrecht, 4. Aufl., 1900.
Müller-Erzbach, Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, 1905.
Oertmann, Allg. Teil, 3. Aufl. 1927.
—, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt., 5. Aufl. 1928.
—, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt., 5. Aufl. 1929.
Planck, Allg. Teil, 4. Aufl. 1913.
—, Recht der Schuldverhältnisse, Allg. Teil, 4. Aufl. 1914.
—, Recht der Schuldverhältnisse, Bes. Teil, 4. Aufl. 1928.
—, Sachenrecht, 4. Aufl. 1920.
RGZ 56, 54; 100, 190; 109, 167; 119, 66.
RG „Recht", 1924, Nr. 1666.
RG LZ, 1927, S. 841.
RG Seuff. Arch., 78, S. 136 f.
RGR Kommentar, 6. Aufl. 1928 I. Bd. (Allg. Teil, Recht der Schuldverh. I.). II. Bd. (Recht der Schuldv. II). Sachenrecht, 3. Aufl. 1921.

Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, 1908. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. 1931.

Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft (Abhandlungen aus der Berliner juristischen Fakultät, VI) 1930.

Rümelin, Das Handeln im fremden Namen im BGB. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93, S. 131 (1902).

Sörgel, I. Bd. BGB., 4. Aufl. 1929. II. Bd. BGB., 4. Aufl. 1929.

Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung, I. Bd. 1900.

Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft, Ehrenbergs Handbuch Bd. V, 1, 1, S. 477 ff.

Staudinger, Allg. Teil, 9. Aufl. 1925.

—, Recht der Schuldverhältnisse, I. Teil (§§ 241—432), 9. Aufl. 1930.

—, Recht der Schuldverhältnisse, II. Teil (433 - 630) 9. Aufl. 1928.

—, Recht der Schuldverhältnisse, III. Teil (§§ 631—853) 9. Aufl. 1929.

—, Sachenrecht, I. Teil (§§ 854—1017) 9. Aufl. 1926.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, II, 2, 1918.

Warneyer, Kommentar zum BGB., I. Bd., 2. Aufl. 1930. II. Bd., 2. Aufl. 1930.

Wendt, Das Faustrecht oder Besitzverteidigung und Besitzverfolgung, 1883.

Wolff, Sachenrecht, 1929, 8. Bearbeitung.

1. Abschnitt.

Vertretung bei der Einigung.

§ 1.

A) Das Offenheitsprinzip bei der Vertretung.

Häufig kommt es vor, daß beim Erwerb des Eigentums jemand an Stelle des Erwerbers mitwirkt. Soweit es sich um den Erwerb von Grundstücken handelt, geht immer schon aus dem Protokoll der Auflassung und aus der Eintragung im Grundbuch hervor, auf wen das Eigentum übertragen wird. Anders aber beim Erwerb beweglicher Sachen: hier kann leicht ein Zweifel und Streit darüber entstehen, ob der Handelnde oder aber der, in dessen Interesse er handelte, Eigentum erwirbt.

Ueber die Frage, wann ein Rechtsgeschäft Wirkungen für einen Dritten erzeugt, gibt das Gesetz in § 164 eine ganz klare Regel. Es erfordert, daß das Geschäft „im Namen" des Dritten geschlossen ist. Diese Regel wird noch dadurch unterstrichen, daß das Gesetz fortfährt:

> „Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll".

Hierdurch wird nochmals betont, daß in irgend einer Weise doch ein Hinweis auf den Dritten erfolgen muß. Und selbst ein Irrtum des Abschließenden, der es nur versehentlich unterlassen hat, im fremden Namen abzuschließen, bleibt hier entgegen der Regel des § 119 außer Betracht (§ 164 II).

Dies Offenheitsprinzip [1]) entspricht auch durchaus der Grundauffassung des B. G. B., wonach sich die Wirkung eines Geschäftes nach seinem erklärten Inhalt bestimmt. Und es entspricht im höchsten Maße der Billigkeit. Denn die Rücksicht auf den Vertragsgegner verlangt es durchaus, daß er über die Person seines Gegners unterrichtet wird. Es wäre unerträglich, wenn ihm statt dessen, mit dem er abgeschlossen hat, plötzlich ein anderer untergeschoben würde: vor allem, wenn er statt jenem einen anderen Schuldner erhalten sollte. Eher wäre es denkbar, daß ihm neben dem Abschließenden außerdem noch ein anderer mithaftete: aber auch dafür läßt sich nach unserem Rechte keine ausreichende Begründung erbringen. Ein näheres Eingehen auf diese Fragen verbietet sich jedoch in dieser Arbeit, die sich mit dem Erwerb des Eigentums beschäftigen will. Dies um so mehr, als die Richtigkeit des Offenheitsprinzips für die Schuldverträge fast allgemein anerkannt ist.

---

1) Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb. 2 ff.

§ 2.

B) Anwendung auf die Einigung.

Dieser Grundsatz muß nun auch durchaus auf die Einigung des Sachenrechts angewendet werden, obwohl dies von vielen bestritten wird. Denn auch sie enthält einen Vertrag, also ein Rechtsgeschäft. Zwar ist bestritten, ob sie allein es ist oder erst in Verbindung mit dem Kenntlichkeitsakt (der in der Uebergabe oder Eintragung besteht)[1]. Aber diese Frage ist hier belanglos. Denn darüber herrscht kein Zweifel, daß es sich bei dem ganzen Akt doch um ein Rechtsgeschäft handelt und daß daher die Vorschriften des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte darauf anzuwenden sind. Schon daraus muß gefolgert werden, daß auch das Offenheitsprinzip für die Einigung gilt.

Aber es wird auch durch die Betrachtung der Vorgeschichte unterstützt. Die römischen Quellen verlangen für den Erwerb eines procurator für mich ausdrücklich, daß diesem „meo nomine" tradiert worden ist[2]. Insbesondere geht es aber aus zwei bekannten Stellen hervor, die sich zu widersprechen scheinen und daher viel behandelt worden sind[3]. In der einen entscheidet Julian, daß der Irrtum über die Person des Erwerbers zur Nichtigkeit führt, in der anderen Ulpian umgekehrt dahin, daß der Erwerb dennoch gültig erfolgt. Die beiden Stellen müssen also von verschiedenen Tatbeständen ausgehen. Und zwar die erste von einem Fall, wo die Richtung der Tradition nicht deutlich erklärt war, die andere, wo eine hinlängliche Erklärung vorlag und der Mittler nur den abweichenden inneren Willen hegte, einen anderen Erwerb zu machen. Nach diesen und einigen ähnlichen Stellen kommt es auf den Inhalt des Traditionsvertrages an.

Zu demselben Ergebnis führt es auch durchaus, wenn man den Inhalt der beiden Parteierklärungen deutet und aus ihnen den Sinn des Geschäftes entnimmt. Wenn A. dem B. eine Sache übereignet, ohne daß ein Dritter dabei genannt oder bezeichnet wird, so kann das nach der Verkehrsauffassung lediglich bedeuten, daß der B. das Eigentum erhalten soll. Dies würde selbst dann zutreffen, wenn dem A. oder dem B. oder selbst beiden nichts hieran gelegen wäre. Denn der Inhalt und die Wirkung eines Rechtsgeschäfts kann nur aus dem entnommen werden, was die Parteien vereinbart haben, und nicht danach beurteilt werden, ob sie daran auch interessiert sind. Insbesondere kann die Wirksamkeit einer Vertragsbestimmung nicht deshalb beanstandet werden, weil die eine Partei eigentlich kein Interesse hieran gehabt hätte. Noch weniger kann man dagegen einwenden, daß die Partei auch einen anderen Weg hätte wählen können, um ihr Interesse zu erreichen. Das ist ganz belanglos, nachdem sie nun einmal diese Abmachung getroffen hat. Sehr zu Unrecht hat man sich daher darauf be-

1) Literatur bei Wolff Sachenrecht § 38 S. 105.

2) dig. 41, 1 de adq. rer. dominio l. 13 § 1—41, 2 de adq. vel. am. poss. l. 29—41, 3 de usurp. l. 47—47, 2 de furt. l. 43 § 1.

3) dig. 41, 1 de adquir. rer. dom. l. 37 § 6 (Julian) und 39, 5 de donationibus l. 13 (Ulpian); dazu Leonhard am angeführten Ort 18 ff.

rufen, daß der Tradent sich etwa auch durch Uebereignung an einen dritten Geschäftsherrn hätte befreien und so sein Ziel erreichen können. Er hat dies nun einmal nicht getan, sondern an den Geschäftsmittler übertragen. So lautet der Vertrag und sein Inhalt kann allein maßgebend sein.

Außerdem ist es aber auch garnicht richtig, daß die Parteien kein Interesse an der Person des Erwerbers hätten — wie die Gegner behaupten. Vor allem ist der Geschäfsmittler, der im eigenen Namen aufgetreten ist, in hohem Maße daran interessiert, daß er das Eigentum erlangt. Denn er selbst ist ja auf Grund des Offenheitsprinzips dem Verkäufer gegenüber verpflichtet worden. Es ist deshalb durchaus nötig, daß er auch Deckung erhält — eben in den Sachen, die er erworben hat. Allerdings würde er ja gegenüber dem Herausgabeanspruch des Auftraggebers auch schon dadurch gesichert sein, daß er ihm gegenüber sein Rückhaltungsrecht geltend macht; und zwar ist dies nicht nur gegenüber dem Anspruch aus dem Auftragsvertrage, sondern auch gegenüber dem Eigentumsanspruch wirksam. Aber dieses Rückhaltungsrecht gründet sich nur auf seinen persönlichen Anspruch gegenüber dem Auftraggeber. Es versagt daher, sobald nicht dieser selbst, sondern ein anderer den Eigentumsanspruch geltend macht. Wenn also der Auftraggeber in Konkurs gefallen ist, so kann der Konkursverwalter den Eigentumsanspruch erheben, ohne daß der Mittler sich dagegen auf seinen schuldrechtlichen Erstattungsanspruch berufen kann. Hierdurch würde dieser aufs Schwerste geschädigt. Es zeigt sich also deutlich, wie stark sein Interesse daran ist, einstweilen selbst das Eigentum zu erlangen.

Aber auch der Veräußerer ist nicht ohne Interesse daran, an wen er das Eigentum überträgt — obwohl meistens das Gegenteil behauptet wird. Richtig ist freilich, daß sein hauptsächliches Interesse darauf gerichtet ist, daß er den Zweck seiner Uebertragung erreicht, also meistens, daß er seine Schuld erfüllt. Aber ganz gleichgültig ist es ihm doch auch nicht, wer Eigentum erlangt. Der Verkäufer, der den Kaufpreis noch nicht oder nur teilweise erhalten, möchte sich eben an die übertragene Sache als Vollstreckungsgegenstand halten. Diese seine Aussicht darf ihm nicht dadurch verkümmert werden, daß die Uebereignung an einen ganz anderen erfolgt. Man hat gegen diese Beweisführung eingewendet, daß der Veräußerer den Erwerber ja doch nicht daran hindern könne, die Sache weiter zu veräußern[1]). Aber in diesem Falle treten doch regelmäßig andere, annähernd gleiche Werte an ihre Stelle. Und wo dies nicht der Fall ist, bei der unentgeltlichen Veräußerung, wird den Vollstreckungsgläubigern genügender Schutz durch das Anfechtungsrecht gewährt.

Aber auch sonst kommt es nicht selten vor, daß der Veräußerer ein erhebliches Interesse daran hat, nur an den vor ihm Stehenden zu übertragen, so bei einer Schenkung, bei der er ihm die Weiterveräußerung ausdrücklich untersagt hat. Es ist also eine starke Ueber-

---

1) Bremer Z. Zivilr. und Prozeß 11, 249 ff.

treibung, wenn immer wieder behauptet wird, daß ihm die Person des Erwerbers völlig gleichgültig sei.

Nun hat man freilich dagegen eingewendet, daß der eigentliche Geschäftsherr, also der Dritte ein noch stärkeres Interesse daran habe, daß ihm schon sofort mit der Aushändigung der Sache an den Mittler das Eigentum erworben werde. In der Tat wird er dadurch vor Zwangsvollstreckungen, die gegen den Mittler erfolgen könnten, gesichert — und außerdem wird er gegen Unredlichkeiten des Mittlers durch die strafrechtliche Verfolgung der Unterschlagung geschützt. Diese Interessen des Dritten werden von vielen Schriftstellern ganz in den Vordergrund gestellt — und darauf beruhen vor allem die Gegenansichten, die im zweiten Abschnitt darzustellen sind. Aber das ist deshalb unberechtigt, weil dieser Dritte nicht Partei des Uebereignungsvertrages ist. Es ist wohl zulässig, die Interessen der Vertragsparteien zur Deutung heranzuziehen, aber nicht die Dritter, die außerhalb des Vertrages stehen.

Außerdem wird der Dritte durch den Erwerb des Mittlers allein noch garnicht geschädigt. Richtig ist, daß er infolge dieses Erwerbes selbst nicht das Eigentum erlangt: aber andrerseits wird er durch diesen Akt auch nicht verpflichtet. Die Verpflichtung trifft nach dem Offenheitsprinzip ja allein den Geschäftsmittler. Eine Schädigung des Dritten kann also aus dem Erwerbsakt selbst noch nicht entspringen. Sie kann vielmehr erst daraus erwachsen, daß der Auftraggeber dem Beauftragten etwa auch die Mittel zum Erwerb ausgehändigt hat. Das aber ist ein ganz anderer Vorgang: hiermit hat er dem Beauftragten kreditiert und er muß die Gefahr dessen selbst tragen. Man darf auch nicht etwa annehmen, daß dem Kreditgeber von selbst die Werte zufielen, die durch die Kreditierung erlangt worden sind. Wer einem anderen Geld leiht, hat nicht etwa Eigentum an den Sachen oder Forderungen, die der Darleiher damit erworben hat. Und überhaupt kennt unser Recht nicht ein allgemeines Ersetzungsprinzip, wonach die Ersatzstücke von Werten ohne weiteres dem rechtlichen Schicksale dieser folgen. Nur ausnahmsweise ist das in einzelnen Fällen bestimmt. So gehören der Ehefrau die Sachen, die der Ehemann mit den Mitteln des eingebrachten Gutes erwirbt (§ 1381 B. G. B.). Diese Ausnahmevorschriften beweisen, daß im übrigen eine solche Ersatzberechtigung nicht stattfindet.

Nach den bisherigen Darlegungen erscheint es nach den Vorschriften unseres Gesetzes und nach den Interessen der Parteien geboten, aus dem Inhalt des Uebereignungsvertrages zu bestimmen, wer das Eigentum erhalten soll, und, wenn nichts besonderes erhellt, es an den Abschließenden selbst übergehen zu lassen. Diese richtige Auffassung wird denn auch vielfach vertreten[1]).

---

1) Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb; Wolff: Sachenrecht § 66; Enneccerus: § 166; Planck: 5 zu § 164. 5, 6 zu § 929; Lehmann: Z. H. R. 51, 268; von Tuhr: Allgemeiner Teil 343.

§ 3.

C) Auslegung aus dem Kausalverhältnis.

Wir fordern, daß die Uebereignung an den Geschäftsmittler erfolgt, falls im Vertrage nichts anderes bestimmt ist. Diese abweichende Bestimmung kann aber nicht nur ausdrücklich erfolgen, sondern kann sich auch stillschweigend aus dem Sinn des ganzen Geschäftes ergeben. So ist, wenn jemand an der Kasse eines Ladens oder ähnlichen Raumes zahlt, ohne weiteres anzunehmen, daß nicht an die dort stehende Person, sondern an den Inhaber des Geschäftes übereignet wird. Von besonders großer Bedeutung für die Auslegung des Aktes ist der Rechtsgrund, der mit der Eigentumsübertragung erreicht werden soll. Eine Uebereignung ist niemals Selbstzweck, sondern wird erst erläutert, wirtschaftlich bestimmt durch den zu Grunde liegenden Zweck. Er ist entweder auf Tilgung einer Schuld gerichtet, oder auf Erwerb eines Rechtes, oder auf Schenkung. Der Sinn der Uebertragungserklärung geht nun sicher dahin, daß der Veräußerer diesen maßgeblichen Zweck erreichen will. Sie ist so auszulegen, daß dieser Zweck dabei erreicht wird. In dem wichtigsten Falle der Schuldtilgung erfolgt das am sichersten und einfachsten dadurch, daß dem Gläubiger der Forderung das Eigentum übertragen wird. Es ist zwar auch möglich, daß nach dem Inhalte des Schuldvertrages die Uebertragung an einen Dritten geschuldet wird oder daß es wenigstens gestattet ist, an den Dritten zu leisten. Aber das sind eben wieder besondere Fälle. Die Regel ist, daß an den Gläubiger des Schuldverhältnisses das Eigentum übergehen soll: und demgemäß ist daher auch die Uebereignung auszulegen [1]). Wir erhalten damit eine wichtige Ergänzungsregel, die es verhindert, daß das Eigentum an eine Person gelangt, die nur in untergeordneter Weise mitwirkt.

Hiernach ist es von großer Bedeutung, wer aus dem zugrundeliegenden Schuldvertrage berechtigt ist. Wenn der Geschäftsmittler diesen Vertrag im eigenen Namen schließt und also auch selbst daraus verpflichtet wird, so ist auch die Uebereignung im Zweifel an ihn erfolgt. Ist er dagegen schon beim Schuldvertrage als Vertreter des Dritten aufgetreten, so ist schon auf Grund dessen anzunehmen, daß auch die darauf folgende Uebereignung an den Dritten erfolgen soll. Diese Unterscheidung ist sachlich durchaus berechtigt. Denn im ersten Falle ist der Mittler selbst aus dem Geschäfte haftbar geworden; es ist daher billig, daß er zwecks seiner Deckung auch das Eigentum erhält. Im zweiten Falle liegt dagegen beides umgekehrt.

Man könnte nur zweifeln, welcher Rechtsgrund maßgeblich sein soll, wenn die beiden Parteien von verschiedenen ausgehen. Wenn man annimmt, daß die Bestimmung des Rechtsgrundes durch Vertrag erfolge [2]), so würde sie im Falle einer solchen Uneinigkeit über-

---

1) Leonhard a. a. O. 33 ff.; Enneccerus § 166; v. Tuhr a. a. O. 349; Wolff a. a. O. § 66.

2) Kretschmar: Erfüllung 109 ff.; Oertmann: 4 zu § 362.

haupt nicht zustande kommen, es würde dann also eine Uebertragung ohne Rechtsgrund vorliegen. Aber dieses Ergebnis erscheint sehr unerfreulich und sachwidrig. Vielmehr muß der Partei, die die Leistung macht, das Recht zustehen, einseitig deren Grund zu bestimmen[1]). Dafür spricht auch im hohen Maße die Vorschrift des § 366 B.G.B., wonach bei einer Mehrheit von Schulden der Zahlende einseitig die zu tilgende Schuld bestimmt. Um so mehr muß er bestimmen können, daß die Zahlung überhaupt zur Tilgung einer Schuld verwendet werde.

Von besonderer Bedeutung ist die hier aufgestellte Regel für die Zahlung auf sogenannte Legitimationspapiere, wie das Sparkassenbuch. Die Sparkasse ist befugt, an jeden Besitzer des Buches befreiend zu zahlen. Aber das Eigentum wird nicht immer auf diesen übertragen. Sondern es ist im Zweifel anzunehmen, daß es an den wahren Gläubiger übertragen wird. Nur so wird es auch ermöglicht, den, der unter Mißbrauch eines solchen Papieres Gelder erhebt, strafrechtlich haftbar zu machen. Verwandt der dargestellten Lehre ist eine andere, wonach der Gläubiger des Grundverhältnisses immer — also nicht nur im Zweifel — das Eigentum der geleisteten Sache erhält[2]). Darin dürfte eine Uebertreibung des richtigen Gedankens liegen. Es ist nicht einzusehen, weshalb es den Parteien nicht möglich sein soll, zu bestimmen, daß der Abschließende Eigentümer werden soll. Der Inhalt des Vertrages ist doch dafür maßgebend. Es würde durchaus dem Grundgedanken unseres Privatrechtes widersprechen, wenn dieser Inhalt unbeachtet bleiben und lediglich auf Grund des Rechtsverhältnisses der Erwerb bestimmt würde.

2. Abschnitt.

Gegenansichten.

§ 4.

A) Aufgabe des Offenheitsprinzipes.

Wie im ersten Teil dargelegt wurde, ist die Person des Erwerbers nach § 164 B. G. B. aus dem Inhalt des Uebereignungsvertrages zu bestimmen. Es wurden aber auch schon die Einwendungen erwähnt, die gegen diese einfache Lehre vorgebracht sind. Die darin enthaltenen Bedenken haben viele Schriftsteller und Gerichte bestimmt, andere Wege zur Lösung der Frage zu suchen. Am weitesten entfernen sich vom Gesetz die Schriftsteller, die von dem Offenheitsprinzip überhaupt abgehen wollen. Unter ihnen geht wieder am weitesten Schloßmann[3]).

Aber dem ist durchaus zu widersprechen. Das Gesetz zieht in § 164 B. G. B. eine scharfe Grenze zwischen der unmittelbaren wirklichen Vertretung und den Fällen, wo nicht im fremden Namen ge-

1) Leonhard: Allgemeines Schuldrecht 587 ff. u. Genann.
2) Lenel, Jher. Jahrb. 36, 55 ff., 72 ff.
3) Die Lehre von der Stellvertretung.

handelt wurde. Diese Unterscheidung entspricht auch durchaus der Rechtslehre und Rechtsprechung des gemeinen und preußischen Rechts und ist überaus zweckmäßig. Durchaus unhaltbar ist die Ansicht, die diesen klaren Wortlaut des Gesetzes ausschalten will.

Richtig ist nur, daß es nicht immer leicht ist, eine Grenze zwischen dem Auftreten im eigenen Namen und im fremden Namen zu ziehen. Aber daraus folgt noch lange nicht, daß eine solche Abgrenzung überhaupt nicht möglich sei. Sie wird auch tatsächlich fortwährend gezogen und aus dem Inhalt des Vertrages abgeleitet. Allerdings bestreitet Schloßmann, daß eine solche Tatsache wie die Vertretereigenschaft zum Inhalt des Vertrages werden könne. Nur das sei Bestandteil eines solchen, was schon im Antrage dazu liegt. Dagegen spricht aber, daß der Inhalt des Vertrages doch auch in der späteren Hinzufügung von Bedingungen und Befristungen bestehen kann.

Außerdem hält Schloßmann auch den Begriff der Vollmacht für völlig gegenstandslos, da sie ihre Wirkung ja nur aus der Verbindung mit einem Pflichtenverhältnis herleite. Auch dem kann man nicht beitreten. Wohl sind Auftrag und Vollmacht häufig miteinander verbunden, aber doch gibt es auch Vollmachten ohne Auftragsverhältnis, sodaß also auch diese Behauptung unberechtigt ist.

Eine Aehnlichkeit mit der Ansicht Schloßmanns zeigt die Lehre von Müller-Erzbach[1]) insofern, als auch er eine Wirkung auf den Vertretenen annimmt. Dieser soll aus dem vom Mittler abgeschlossenen Geschäft unmittelbar berechtigt und neben diesem verpflichtet werden. Er will dies aus den Grundsätzen der Interessenjurisprudenz ableiten. Die Interessen aller an dem Geschäft Beteiligten erforderten es, daß der Geschäftsherr unmittelbar berechtigt sei, aber auch als Hauptschuldner dem Kontrahenten gegenübertrete, und daß neben ihm der Mittler als „akzessorisch Verpflichteter" hafte. Er beruft sich dabei auf § 392 H. G. B. und auf die Seeversicherung für fremde Rechnung. Doch das sind Sonderbestimmungen des H. G. B., die in das B. G. B. nicht aufgenommen wurden. Er verkennt auch, daß die Interessen im einzelnen Falle nicht nach der typischen Lage, sondern jedes Mal durch den Inhalt des Vertrages bestimmt werden[2]). Außerdem werden seine Sätze auch nicht einmal der allgemeinen Interessenlage gerecht; denn sie enthalten eben eine unzulässige Verallgemeinerung von ganz besonders liegenden Fällen. Vor allem erscheint es nicht billig, daß der Mittler neben dem Herrn haftet. Es wird dem Gläubiger dadurch ein Vorteil geboten, auf den er kein Anrecht hat. Er hat nur mit einer Partei abgeschlossen. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb neben seinem Schuldner noch ein Zweiter haften soll.

Zu demselben Ergebnis gelangt auch Eck[3]) in seinem oft herangezogenen Beispiel von der Haushälterin, die für ihren Herrn

---

1) Müller-Erzbach; Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, 1905.
2) Manigk: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, S. 311.
3) Eck: Vorträge über das B. G. B., 2. Aufl. 1903, herausgegeben von Rudolf Leonhard, S. 179 f.

silberne Löffel einkauft, die vor der Ablieferung an diesen bei ihr gepfändet werden. Eck nimmt an, daß der Herr mit Erfolg dieser Vollstreckung auf Grund der Widerspruchsklage nach § 771 Z. P. O. begegnen kann, da er das Eigentum an den Löffeln erlangt hatte, obwohl die Haushälterin nicht in seinem Namen aufgetreten ist. Das sei allerdings nicht darauf zu gründen, daß sich der Mittler auf seinen geheimen Willen berufen könnte, für den Herrn zu erwerben, denn das verbiete ja § 164 II. Doch will Eck diesen dahin auslegen, daß auch

> „außerhalb des Verhältnisses zwischen den beiden Kontrahenten, also nach allen Seiten hin, der nicht erkennbare Vertreterwille außer Betracht bleibt".

Eck gelangt somit zu dem Ergebnis, daß die Wirkungen des Geschäftes für den Herrn eintreten und dieser auch dem Gegner haftet. Zu demselben Ergebnis gelangen auch Bracht und David[1]).

Auch gegenüber dieser Ansicht ist zu sagen, daß sie den Vorschriften des § 164 nicht gerecht wird. Eck bemüht sich zwar, den Absatz II des § 164 umzudeuten. Aber er verkennt, daß das Offenheitsprinzip garnicht in diesem zweiten Absatz, sondern vor allem im Absatz I des § 164 enthalten ist. Schon deshalb ist seine Auslegung des Absatz 2 garnicht geeignet, jenen Grundsatz zu widerlegen[2]).

Allerdings bietet die Entscheidung dieses Falles insofern berechtigte Zweifel, als es bei der „Hausdame" nicht sicher ist, ob nicht schon ihr Auftreten und Aussehen darauf deutete, daß sie nur Vertreterin sein sollte. Sobald man aber statt einer solchen Persönlichkeit eine völlig selbständige einsetzt, zeigt sich erst deutlich die Bedenklichkeit der Gegenansicht.

Bei allen diesen Ansichten ist es besonders bedenklich, daß sie die festeste Stütze für die Richtung des Geschäftes — nämlich den Inhalt des Vertrages — aufgeben. Es bleibt nun unklar, was an dessen Stelle gesetzt werden soll. Es liegt nahe, an seine Stelle den Willen einer Partei zu setzen, und in der Tat ist dieser Weg mehrfach beschritten worden. Freilich hat man den Willen des Veräußerers meistens für unwesentlich erklärt. In der Tat ist sein Interesse ja regelmäßig in erster Linie nur darauf gerichtet, daß er den Zweck der Uebertragung erfüllt, insbesondere also, wenn er zwecks Erfüllung überträgt, daß er von seiner Schuld befreit wird. Im übrigen wird es ihm nicht selten gleichgültig sein, wer dann das Eigentum erlangt — wenn es auch, wie wir sahen, abweichende Fälle gibt.

Von größerer Bedeutung scheint der Wille des Empfängers zu sein. So ist in der Tat vielfach die Ansicht vertreten worden, daß dessen Wille darüber entscheidet, ob er selbst oder der Dritte das Eigentum erlangt. Diese Ansicht war in der Wissenschaft des gemeinen und preußischen Rechtes geradezu die vorherrschende[3]) — und

---

1) Bracht: Recht 1901, Sp. 558; David: Recht 1901, S. 506 f.

2) Cohn: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, S. 143.

3) Donellus V, 10 § 6; Bremer Z. Zivilrecht und Prozeß 11, 249 ff. 20, 25 ff. weitere Zitate bei Leonhard a. a. O. 38.

auch heute noch wird, wenn auch teilweise von einer anderen Grundlegung aus, die entscheidende Bedeutung des inneren Willens vertreten[1]). Die gemeinrechtliche Lehre berief sich dafür auf verschiedene römische Quellenstellen, aber ihnen stehen viel zahlreichere entgegen, die für maßgebend erklären, cuius nomine erworben worden ist (oben § 2). Wenn man aber gar die praktischen Folgen erwägt, so kann man unmöglich dem inneren Willen des Mittlers eine so ausschlaggebende Bedeutung beimessen. Es ist möglich, daß der Mittler, etwa aus Rechtsunkenntnis, die für ihn sehr nachteilige und verkehrte Ansicht hegt, er müsse den Auftraggeber sofort zum Eigentümer machen. Aber diese verkehrte Ansicht darf ihm, wenn sie im Geschäft garnicht hervorgetreten ist, unmöglich schaden. Noch viel bedenklicher ist aber der umgekehrte Fall, wo der Mittler ganz entgegen seinen Verpflichtungen die arglistige Absicht hegt, für sich Eigentum zu erwerben. Danach hätte er es in der Hand, durch seine innere rechtswidrige Absicht, sich selbst das Eigentum zu verschaffen. So könnte ein Kassierer, ein Reisender, ein Dienstbote sich auf diesem Wege selbst zum Eigentümer des einkassierten Geldes machen. Er wäre dadurch auch gegen eine Bestrafung wegen Unterschlagung geschützt. Dies ist ganz unannehmbar. Besonders eigentümlich ist, daß sich diese Personen gerade dadurch vor der Bestrafung schützen könnten, daß sie behaupten, schon von Anfang an beim Erwerb die treulose Absicht gehabt zu haben. Nicht selten sucht sich ein Angeklagter gerade damit zu verteidigen, daß er zuerst redlich gewesen und erst später, etwa durch Not verleitet worden sei, das Geld für sich zu verwenden. Wenn die Gegenansicht zuträfe, so würde er sich gerade hierdurch in die Bestrafung hineinreden. Er müßte danach gerade umgekehrt behaupten, daß er schon von Anfang an beabsichtigt hätte, die ihm anvertraute Sache sich zuzueignen. Alsdann würde er selbst Eigentümer geworden und daher vor einer Bestrafung gesichert sein.

Aehnliche unhaltbare Ergebnisse zeigen sich, wenn jemand auf eine legitimierende Urkunde, insbesondere auf ein sog. Legitimationspapier Geld erhebt. Nach der Willenstheorie müßte es darauf ankommen, ob er schon bei dieser Abhebung entschlossen war, das Geld für sich behalten zu wollen. Ein solcher energischer Verbrecher wäre straflos, weil er nach seinem inneren Willen das Geld für sich erworben hätte. In der Tat hat man dies vielfach vertreten und, um diesen Menschen doch bestrafen zu können, einen Diebstahl des Sparkassenbuches angenommen. Das aber ist höchst bedenklich, besonders in dem Falle, wo er nur einen Teil des Geldes abgehoben und das Buch selbst wieder an den Berechtigten hat zurückgelangen lassen. Die richtige Lösung dürfte sich vielmehr aus dem oben Gesagten (§ 3) ergeben, daß das Geld in das Eigentum des wahren Berechtigten übergegangen und von dem Empfänger unterschlagen worden ist.

---

1) Endemann a. a. O.; Beseler D. J. Z. 1912, 839 ff.; Cohn a. a. O. 116.

Endlich ist es oft überaus schwierig, einen Beweis für den inneren Willen des Mittlers zu erbringen. Da er sich meistens garnicht feststellen läßt, wird man vielfach auf das angewiesen sein, was er selbst jetzt darüber behauptet. So könnte ein gerissener Mensch nachträglich die Rechtslage zu seinem eigenen Vorteil deuten. Auch diese Folgerung ist sehr unerfreulich.

§ 5.

B) Auslegung aus dem Verhältnis zwischen dem Mittler und dem Herrn.

Weit vorsichtiger als die eben erwähnten Schriftsteller gehen diejenigen vor, die sich bemühen, den Inhalt der Uebereignung auszulegen und auf diesem Wege zu einer Uebertragung an den Geschäftsherrn zu gelangen. Denn sie stützen sich doch immerhin auf den Inhalt des Vertrages und vermeiden so den offenen Widerspruch gegenüber dem Offenheitsprinzip des § 164 B. G. B. Der Begründer dieser Lehre, wenigstens für das heute geltende Recht, ist Jung[1]. Nach seiner Ansicht wird, sobald der Mittler Besitz an dem Kaufgegenstand erwirbt, auch schon der Vertretene Eigentümer, da es ja dem Verkäufer in der Regel gleichgültig sei, wer Eigentum erwirbt. Dessen Interesse sei nur darauf gerichtet, daß er seine Verpflichtung erfülle, nicht aber darauf, wer das Eigentum an dem veräußerten Gegenstand erhält. Sollte dies aber doch einmal der Fall sein, dann, nimmt Jung[2] an, sei doch stets der Wille des indirekten Vertreters maßgebend. In zweiter Linie komme erst der Wille des Veräußerers, nur die ihm gegenüberstehende Person zum Eigentümer zu machen. Dazu gelangt er auf Grund folgender Betrachtungen: Das Gesetz verlange zur Uebertragung beweglicher Sachen stets Einigung und Uebergabe nach § 929 B. G. B. Die Einigung enthalte aber nichts anderes als die Erklärung, daß das Eigentum übergehen soll; über die Person des Erwerbers bestimme sie noch nichts. In der ersten Lesung des Entwurfs habe die dem jetzigen § 929 entsprechende Bestimmung gelautet, daß die Einigung auf Uebertragung „auf den Erwerber" gerichtet sein müsse. Diese letzten Worte seien aber im § 929 weggelassen worden, er verlange nur noch die Einigung dahin, daß Eigentum übergehe. Daraus ergebe sich, daß zu der Einigung nicht mehr die Uebertragung auf eine bestimmte Person gehöre. Die Person des Erwerbers sei also nicht von der Einigung, sondern vielmehr von der Uebergabe abhängig. Für diese Frage, wer Besitz erwerbe, sei aber nur das Verhalten des Besitzempfängers maßgebend. Für sie sei es entscheidend, daß er zu einem Dritten in einem Verhältnis nach § 855 oder § 868 stehe. Dieser Auffassung kann aber nicht zugestimmt werden. Denn die Aenderung der Fassung des § 929 ist keinesfalls von einer solchen

1) Jung: Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf. Zeitschr. f. d. Handelsrecht Bd. 47, S. 185 ff.
2) Jung: a. a. O. S. 195.

Bedeutung; vielmehr ist die Streichung wohl nur erfolgt, weil diese Worte überflüssig waren. Sicherlich ist auch die Erklärung darüber, wer das Eigentum erwerben soll, als ein wichtiger Teil der Einigung zu betrachten. Ein Irrtum darüber würde sicherlich eine Anfechtung nach § 119 rechtfertigen. Außerdem ist die Frage, ob der Mittler Eigentum erwirbt, garnicht davon abhängig, ob er Besitzer wird oder nicht. Nach unserem Gesetzbuch ist auch der Fremdbesitzer selbst als Besitzer zu betrachten. Also wird der Mittler Besitzer sowohl, wenn er für sich, als auch, wenn er für den anderen erwirbt.

Dennoch ist diese Ansicht ganz überwiegend von der Rechtsprechung[1]) und mehreren Schriftstellern[2]) übernommen worden. Allerdings wird hier die obige Beweisführung meist nicht herangezogen. Aber dann fehlt es erst recht an dem Beweise dafür, daß die Beziehungen des Geschäftsmittlers wichtiger seien als die des Veräußerers.

Gegen diese ganze Auffassung spricht, daß sie Umstände zur Auslegung des Rechtsgeschäftes heranzieht, die außerhalb seiner gelegen sind: nämlich die Abreden des Geschäftsmittlers mit seinem Geschäftsherrn. Diese beiden sind ja nicht die Parteien des Vertrages, der auszulegen ist: ihre Aeußerungen können daher nach den feststehenden Grundsätzen der Auslegung nicht verwertet werden. Noch weniger beweist es, wenn man den Willen dieser beiden Personen heranzieht[3]). Der einseitige Wille des Geschäftsmittlers kann nicht allein maßgebend sein, eben weil er nur einseitig ist, und der Wille des Geschäftsherrn ist ganz unbeachtlich, weil dieser außerhalb des Geschäftes steht. Endlich bleibt bei dieser Lehre unerklärt, daß das Gesetz in zwei Sonderfällen, nämlich beim Erwerb des Ehemannes und des Vaters mit Mitteln der Frau oder des Kindes einen Uebergang auf diese Personen vorschreibt (§§ 1381, 1646 B. G. B.). Denn hier ist der Ehemann oder Vater doch verpflichtet, das Eigentum zu übertragen, und wenn diese Innenbeziehung allein schon zum Erwerbe des Dritten ausreichte, so wären diese Vorschriften des Gesetzes überflüssig und unverständlich.

§ 6.

C) Uebertragung an den, den es angeht.

Gegenüber der vorigen Auslegung haben wir besonders bemängelt, daß sie die Erklärung und Einstellung des Veräußerers garnicht berücksichtigt. Dies sucht eine andere Lehre zu vermeiden, die auch den Sinn seiner Erklärung in der Richtung auf den Ge-

---

1) R. G. 100, S. 190; L 09, S. 167 ff.; R. G. Recht 1924, Nr. 1666; R. G. LZ 1927 S. 841; R. G. Seuff. Arch. 78, S. 136 f.; O. L. G. Stettin, LZ 1924, S. 476.; O. L. G. Köln LZ 1927, 263; O. L. G. Augsburg, Bayr. Rpfl. Z. 1926, 323. Gruch. Beitr. 67, 319.

2) Insbesondere Planck 5c zu § 164.

3) So ausdrücklich R. G. 100, 193.

schäftsherrn deuten will. Sie legt sie nämlich dahin aus, daß die Uebertragung nicht an den Gegenüberstehenden, sondern an den, den es angehe, erfolge. Der Verkäufer übertrage an diesen nach seinem, wenn auch nicht ausdrücklich erklärten Willen. Diese Lehre ist zuerst von Rümelin begründet, neuerdings von Cohn ausführlich dargelegt worden[1], hat aber auch sonst viele Anhänger in der Wissenschaft[2] und Rechtsprechung gefunden[3]. Hier ist zunächst zu prüfen, ob es überhaupt zulässig ist, einen Vertrag in dieser Weise mit einem noch unbestimmten Vertragsgegner zu schließen. Dieser Beweis ist von den genannten Schriftstellern mit ziemlicher Sicherheit erbracht worden. Cohn unterscheidet dabei zwei Fälle, wo der Gegner nur der einen Partei unbekannt, und den anderen, wo er überhaupt noch garnicht bestimmt ist. Er legt ausführlich dar, daß auch die zweite Form zugelassen werden muß[4]. Aus vielen ähnlichen Fällen und ihrer Behandlung im Gesetz ist zu schließen, daß der Inhalt des Vertrages nicht ganz genau bestimmt zu sein braucht, sondern, daß die bloße Bestimmbarkeit genügt[5]. Ein sehr deutliches Beispiel bilden die Fälle, wo es einer Partei überlassen ist, den Inhalt der Leistung zu bestimmen. (§§ 315 B. G. B.). Insbesondere können die Parteien in ihrem Vertrage auf irgendwelche außerhalb liegende Umstände verweisen. Ein solcher „verweisender Vertrag"[6] ist zulässig, soweit ihm nicht Bedenken auf Grund von Formvorschriften entgegenstehen. Freilich hat man bezweifelt, daß man diesen rechtlichen Gesichtspunkt heranziehen könne: von einem verweisenden Vertrage dürfe man nur dort sprechen, wo der Inhalt, auf den verwiesen werde, schon von vornherein objektiv feststehe[7]. Doch ist für eine solche Einschränkung kein genügender Grund vorhanden. Wie dem aber auch sein möge, jedenfalls ist der Abschluß eines Rechtsgeschäftes für eine noch unbestimmte Person nicht zu beanstanden.

Allerdings ist auch dies nicht unbestritten. Insbesondere hat Hellwig[8] es als einen logischen Widerspruch bezeichnet, daß man ein Rechtsgeschäft ohne Beziehung auf eine bestimmte Person abschließe. Hiergegen wird meistens eingewendet, daß der Abschluß eines Vertretungsgeschäftes allein durch den Vertreter erfolge (Repräsentationstheorie). Aber dies ist mindestens recht zweifelhaft. Nach der richtigen Ansicht ist das ganze Vertretungsgeschäft als ein

1) Rümelin: Ziv. Arch. 93, 218 ff.: Cohn: Das rechtsgeschäftliche Handeln für den, den es angeht.

2) Landsberg: 1, 214. — R. Leonhard: Allg. Teil 1, 364 ff. — H. Lehmann: Allg. Teil § 36, — Stintzing: Uebertragung beweglicher Sachen 144 ff.; Langen: Eigentumserwerb und -Verlust bei Kommissionsgeschäften 25 ff.; Gruchot: Recht des Kommissionshandels 429.

3) R. G. 11, 128; O. L. G. Stettin LZ. 1917, 616; Dresden Seuff. Arch. 73, 194; Hamburg Seuff. Arch. 60, 229 ff. R. G. Straff. 19, 429 ff.

4) Cohn a. a. O. 34 ff.

5) Cohn a. a. O. 21 ff.

6) Henle: Allg. Teil § 129; F. Leonhard: Schuldrecht 85.

7) Cohn a. a. O. 19.

8) Verträge auf Leistung an Dritte 243.

Geschäft des Herrn anzusehen (Vertragstheorie). Nur so kann es von den Verträgen zu Rechten Dritter unterschieden werden. — Indessen ist jene vermeintliche logische Folgerung garnicht anzuerkennen. Mit demselben Recht könnte man behaupten, daß der ganze Inhalt des Geschäftes schon von Anfang an objektiv feststehen müsse: also nicht nur die Person der Parteien, sondern auch der Umfang der Leistungen und derartiges. Aber es kann wohl nicht bezweifelt werden, daß dieser Inhalt oft erst später durch Umstände bestimmt wird. So kann ein Kauf abgeschlossen werden unter Verweisung auf den Marktpreis, der in einem späteren Zeitpunkte herrschen wird. Das Gesetz verlangt eben zum Vertragsschluß nicht volle Bestimmtheit, sondern nur genügende Bestimmbarkeit.

Aber aus der Zulässigkeit solcher Verträge folgt noch längst nicht, daß diese Rechtsform auch in dem hier behandelten Falle zutrifft. In den Fällen, an denen jene Lehre entwickelt wurde[1]), ist es ganz deutlich, daß die Person des einen Vertragschließenden noch offen gelassen ist und noch ergänzt werden soll. In der Uebertragung ist aber von einer solchen Bestimmung nichts enthalten. Die Gegner wollen es zwar daraus folgern, daß es dem Veräußerer regelmäßig gleichgültig sei, wer das Eigentum erhalte. Aber wie oben dargelegt, trifft das durchaus nicht immer zu: oft hat er in der Tat ein großes Interesse daran, daß der vor ihm Stehende Eigentümer wird. Und selbst wenn er kein Interesse daran hat, so folgt daraus allein noch nicht, daß der Inhalt des Vertrages dadurch verändert wird. Ist es doch in aller Regel jeder Vertragspartei gleichgültig, wer die von ihm gemachte Leistung erhält: ihm liegt nur daran, daß er von seiner Verpflichtung befreit wird und die Gegenleistung bekommt. Und doch kann man daraus noch keineswegs schließen, daß der Inhalt des Leistungsversprechens dadurch geändert und ins Unbestimmte gestellt werde. Wenn die Parteien etwas verabreden, so muß es im Sinne dieser Abmachung gelten — und man kann es nicht schon deshalb umdeuten, weil eine Partei hieran nicht interessiert sei.

Ja, man muß sogar bezweifeln, daß in einem der hier behandelten Fälle jemals ein Handeln für den, den es angeht, vorliegen könne. Ein solches soll nach der Bestimmung der Gegner nur dort vorliegen, wo ein Mittelsmann für eine Partei auftritt[2]), wo also der Handelnde nicht für sich, sondern für einen anderen abschließt[3]). Gerade das trifft aber bei einer Uebertragung, bei der auf einen Dritten nicht verwiesen wird, garnicht zu. Nach der deutlichen Regel des § 164 B. G. B. ist dieses Geschäft nur für die abschließenden Personen wirksam. Es liegt also sog. indirekte Stellvertretung vor — und diese ist von dem Handeln für den, den es angeht, durchaus zu unterscheiden[4]).

1) Cohn a. a. O. 3 ff.
2) Cohn a. a. O. 3.
3) Cohn a. a. O. 3, 9 ff.
4) So Cohn selbst 9 ff.

Man hat versucht, diese Vertragsform wenigstens auf die Fälle anzuwenden, wo es sich um Barkäufe des täglichen Lebens in Läden und auf dem Markte handelt[1]). Dort ist allerdings das Interesse des Veräußerers an der Person des Erwerbers meist besonders gering. Aber nach dem oben Gesagten kann das allein nicht ausreichen, eine Umdeutung des Vertrages zu rechtfertigen. Ueberdies sind viele dieser Fälle schon deshalb auszuscheiden, weil die Person des Käufers hier zwar nicht genannt wird, aber leicht ermittelt werden kann: und solche Fälle sind von denen des Handeln für den, den es angeht, durchaus zu unterscheiden[2]).

Was aber besonders gegen diese Lehre spricht, ist, daß es gar nicht möglich ist, denjenigen, „den es angeht" zu bestimmen. Auch hier wieder ist der Fall durchaus verschieden von denen, aus denen man den Begriff abgeleitet hat. Dort war es nach dem Sinn des Vertrages deutlich, wonach die Vertragspartei bestimmt werden sollte: hier ist es völlig unklar. Wenn B. im Auftrag des A. eine Sache erwirbt, so geht das letzten Endes den A. an. Aber es berührt auch in hohem Maße das Interesse der Durchgangsperson, Sie will für ihre Ansprüche gegen A. gesichert sein und es liegt daher in ihrem Interesse, einstweilen das Eigentum für sich zu erwerben. Die Sache geht also beide an. Wer soll also Eigentum erwerben? Die Gegner sind selbst sehr uneinig darüber. Nach der einen Ansicht soll das Innenverhältnis zwischen A. und B. maßgebend sein[3]). Aber der Umstand, daß B. die Sache an A. herausgeben muß, kann nicht ausreichen, um die Richtung der Uebertragung an A. zu rechtfertigen. Denn es fragt sich ja eben noch, ob nicht einstweilen, bis zu seiner Deckung der B. Eigentum erlangen soll. Man müßte es also schon darauf abstellen, ob der Mittler dem Auftraggeber gegenüber gedeckt ist. Aber man sieht sofort, daß das ein sehr dehnbarer Begriff ist — abhängig von all den schuldrechtlichen Beziehungen der beiden zueinander und sogar von rein wirtschaftlichen Umständen. Ob eine Anzahlung oder eine Sicherheitsleistung wirklich zum Schutze des Mittlers ausreicht, kann sehr leicht zweifelhaft und streitig sein. Unmöglich kann davon die Eigentumsfrage abhängig gemacht werden. Wie bei teilweiser Deckung zu entscheiden wäre, bleibt endlich ganz unklar.

Daher wollen viele Gegner nicht das objektive Rechtsverhältnis, sondern den Willen des Mittlers entscheiden lassen[4]). Aber das erscheint ganz unhaltbar. Dagegen sprechen alle die schweren Bedenken die schon oben (§ 4) geltend gemacht wurden. Sollte der Mittler gegen sein eigenes Interesse für den Herrn erwerben wollen, so dürfte ihm diese törichte Absicht, wenn sie nicht geäußert würde, nichts

1) Cohn 164 ff.
2) Cohn 6 ff.
3) Rümelin Ziv. Arch. a. a. O. 241; v. Tuhr: Allg. Teil II, 2, 348 A. 90.
4) So schon für das gemeine Recht Donellus V, 10 § 6, Bremer Z. Zivilrecht und Prozeß 11, 249 ff. 20, 25 ff.; Endemann a. a. O.; Cohn 166; neuerdings Beseler D. J. Z. 1912, 895 ff.

schaden. Vor allem aber ist es umgekehrt äußerst bedenklich, dem Mittler, der rechtswidriger Weise für sich erwerben will, das Eigentum zuzusprechen. Wenn ein Angestellter im Geschäft erwirbt oder ein Dienstbote im Haushalt, so kann er doch unmöglich durch seinen inneren Willen sich zum Eigentümer machen. Die Folge davon wäre, daß er dann nicht wegen Unterschlagung verurteilt werden könnte. Ja, es würde sich eben gerade daraus seine Straflosigkeit ergeben, daß er schon von vornherein beim Erwerb eine unredliche Absicht gehabt hätte — und er würde sich eben durch seine Verteidigung, daß er zunächst redliche Absichten hegte, der Strafverfolgung preisgeben! Die Gegner suchen sich gegenüber solchen Folgerungen dadurch zu schützen, daß sie den nötigen Willen, wie er sein sollte, einfach vermuten oder fingieren. So hat das Reichsgericht es zunächst zwar auf den inneren Willen des Mittlers abgestellt, ist dann aber dennoch über seinen wirklichen Willen hinweggegangen, um ihn durch Vermutungen zu ersetzen [1]). Ebenso hat man es als der Erfahrung des Lebens entsprechend bezeichnet, daß Angestellte für ihren Herrn erwerben wollen [2]). Aber auch hiernach bleibt es eben doch noch im einzelnen Falle möglich, einen abweichenden Willen des Mittlers darzutun, wodurch die geschilderten unerträglichen Folgen entstehen.

Ferner erscheint es durchaus willkürlich, wenn die Gegner auch die Interessen des Geschäftsherrn zur Auslegung der Uebereignung heranziehen. Denn dieser ist ja garnicht Partei in diesem Rechtsgeschäft. Seine Wünsche und Belange müssen daher völlig ausgeschaltet werden. — Der dargestellten Lehre verwandt ist die von Jeroschewitz [3]). Er legt die Veräußerung dahin aus, daß ein alternatives Angebot an den Gegner oder an den Dritten gemacht werde, worauf der Gegner durch Willensgeschäft ohne besondere Aeußerung entscheiden könne. Auch dagegen sprechen wesentlich dieselben Bedenken.

Endlich hat man auch versucht, den Fremderwerb noch auf andere Weise zu begründen, nämlich mit Hilfe einer Analogie des § 185 B. G. B. Nach § 185 B. G. B. kann ein Nichtberechtigter über fremde Sachen verfügen, wenn der Berechtigte zustimmt. Daraus folgert von Tuhr [4]), daß jemand ebensogut auch Rechte für einen Dritten mit dessen Zustimmung begründen könne, wie er über dessen Rechte selbständig verfügt. Dagegen könnte man einwenden, daß auf diese Weise ein Zwiespalt zwischen der scheinbaren Rechtslage, dem Besitz, und der wahren entstehen würde [5]). Aber dies ist nicht von so großer Bedeutung, da es ja nach dem B. G. B. auch sonst möglich ist, daß der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer wird, insbesondere bei dem Erwerb nach § 930 B. G. B. Wohl aber spricht gegen diese Auffassung

1) R. G. 19, 251 ff.
2) Cohn a. a. O. 166.
3) Jeroschewitz: Die Vertretung bei der Fahrnisübereignung. Königsberger Dissertation 1920.
4) Von Tuhr a. a. O. II, 2, S. 350.
5) Cohn a. a. O. S. 151 f.

entscheidend, daß die Rechtslage hier eine ganz andere ist als nach § 185. Dort handelt es sich lediglich um einen Mangel des Verfügungsrechtes: dieser kann durch Zustimmung des Berechtigten geheilt werden. Hier aber soll die nachträgliche Erklärung die Wirkung haben, den Inhalt des Vertrages nachträglich zu beeinflussen. Eine solche Möglichkeit kann nicht aus jener gefolgert werden.

Außerdem bleibt auch hier wieder zweifelhaft, in welchem Falle ein solcher Dritterwerb stattfindet. Nach v. Tuhr[1]) scheint es so, als ob dies bei beweglichen Sachen immer der Fall sein solle. Doch betont derselbe vorher[2]), daß die Fälle doch verschieden lägen, daß es dem Veräußerer nicht immer gleichgültig sei, wer Eigentum erwerbe, und daß eben deshalb grundsätzlich der Inhalt der Abmachungen entscheide. Dies kann mit dem Vorhergehenden kaum in Einklang gebracht werden.

§ 7.

D) Uebertragung durch vorherige Besitzübermittlung.

Alle die vorher besprochenen Ansichten führen im Erfolg zu dem Ergebnis, daß das Eigentum nicht an den Geschäftsmittler fällt, sondern unmittelbar an den Geschäftsherrn. Zwar haben wir gesehen, daß diese Lösung eine starke Unbilligkeit gegenüber dem Mittler enthält. Aber die Gegner halten diese Bedenken nicht für durchschlagend. Sie glauben, daß umgekehrt gerade derjenige, in dessen Interesse der Erwerb erfolgt, vor allem schutzbedürftig sei. Sie verkennen, daß er nur dann einen Schaden erleidet, wenn er selbst die Mittel zum Erwerb dem Geschäftsmittler hingegeben hat: daß also nur diese seine Kreditierung es ist, die ihm Schaden bringt.

Von demselben Bestreben, wie die genannten, gehen auch andere Gegner aus, die auf einem anderen Wege gleichfalls einen Erwerb des Dritten zu erreichen versuchen. Sie wollen ihn daraus ableiten, daß der Geschäftsmittler zwar durch die Uebertragung Eigentum erwirbt, es aber sofort weiter an den Dritten überträgt. Dies soll dadurch erreicht werden, daß der Beauftragte von vornherein das Eigentum, das er später erwerben will, sofort an den Auftraggeber überträgt: er schließt mit ihm schon von vornherein eine Einigung über diesen Uebergang ab und einen Vertrag, der den letzteren zum mittelbaren Besitzer macht. Es wird also eine vorherige Besitzübermittlung vereinbart. Man bezeichnet sie gewöhnlich als antezipiertes Konstitut (oder gar, was sprachlich ganz unsinnig, als antizipiertes). Diese Bezeichnung ist nicht nur sehr häßlich, sondern auch sehr ungenau. Denn die Uebertragungsform des § 930 B. G. B. ist mit dem römischen constitutum possessorium durchaus nicht identisch. Dieses enthielt eine Form für die Uebertragung des Besitzes, während es sich bei jener um eine besondere Form der Eigentumsübertragung

1) Cohn a. a. O. S. 350.
2) Cohn a. a. O. S. 349.

handelt. Diese sofortige Uebertragung wird von vielen Schriftstellern[1]) und Entscheidungen vertreten[2]). Aber es sprechen auch gegen diese Lehre die stärksten Bedenken.

Zunächst ist sehr zweifelhaft, ob eine solche vorhergehende Besitzübermittlung überhaupt zugelassen werden kann. Schon der Wortlaut des § 930 B. G. B. spricht durchaus dagegen, vor allem aber eine Betrachtung darüber, weshalb das Gesetz in § 930 einen Ersatz der Uebergabe gerade durch Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses zuläßt. Es geht in § 929 zunächst vom Kenntlichkeitsprinzip aus und verlangt, daß der Besitz übergeben wird. Nur derjenige, der im Besitze der Sache ist, kann einen anderen zum Eigentümer machen. Die Veräußerung soll nach außen und auch den Parteien kenntlich werden. Die Form des § 930 genügt dem ersten Erfordernis nicht, denn es ist durchaus nicht gesagt, daß die Vereinbarung einem Dritten gegenüber irgendwie erkennbar wird. Wohl aber wird es den Parteien bewußt. Eben durch Vereinbarung eines Verhältnisses mit Fremdbesitz wird es dem Veräußerer klar, daß ihm die Sache jetzt nicht mehr gehört, daß er jetzt nur noch Mittler, Verwahrer oder etwas ähnliches ist. Er weiß also, daß er über die Sache keine Verfügungen treffen kann. Falls aber eine solche Vereinbarung schon vorher getroffen war, wird ihm das nicht so deutlich klargemacht. Er hat die frühere Vereinbarung vielleicht vergessen, jedenfalls steht sie ihm nicht mehr so dentlich vor Augen.

Ferner würde der Veräußerer durch eine solche vorherige Vereinbarung in eine allzu schwierige Lage gebracht. Wenn z. B. ein Kaufmann erklärt hat, die zu seinem Geschäft gehörigen Waren und Gelder einer Bank zu übertragen, so würde, wenn man ein antezipiertes Konstitut für zulässig hielte, alles dieser ohne weiteres gehören. Der Kaufmann könnte nichts mehr für sich erwerben. Er macht sich der Unterschlagung schuldig, wenn er über seine Einnahmen anders verfügt, auch wenn er nur die notwendigsten Ausgaben für sich und seine Familie bestreitet. Er würde dadurch in eine Lage kommen, die ihn nahezu der Rechtsfähigkeit beraubt. Diese Rechtsform würde „die Persönlichkeit verdammen, der notwendige Repräsentant eines anderen zu sein, sodaß, was sie erwirbt dem anderen verfiele“[3]). Alles das ist geradezu unerträglich. Und deshalb muß man eine solche vorgehende Uebermittlung für unzulässig erklären[4]). Schließlich hat man das antezipierte constitutum possessorium auch deswegen angegriffen, weil die Einigung nicht der Uebergabe vorangehen könne[5]). Diese Begründung erscheint aber gewagt. Eine gewöhnliche Uebertragung durch Uebergabe kann auch so erfolgen, daß

1) Enneccerus § 167; Biermann: Sachenrecht 1b zu § 930; v. Tuhr Jher. Jahrb. 48, 47; Staudinger 1 zu § 930; Warneyer IV zu 930.

2) R. G. 56, 54; J. W. 1910, 747; 1911, 762 u. a.

3) Kohler Bürgerl. Arch. 18, 102 ff.; Leonhard a. a. O. 46 ff.

4) Lenel a. a. O.; Leonhard a. a. O. 46 ff.; Kohler a. a. O.; vgl. Wolff a. a. O. § 66.

5) Wolff a. a. O.

die Einigung vorangeht[1]). Dafür spricht schon im stärksten Maße der Umstand, daß auch bei Grundstücken zweifellos die Einigung vor der Eintragung stattfinden kann und fast immer stattfindet.

Die oben dargestellten Bedenken haben manche der Gegner veranlaßt, bei dem Konstitut noch eine weitere Voraussetzung aufzustellen: nämlich, daß der Vertreter noch eine Ausführungshandlung vornimmt, die seinen Uebertragungswillen erkennbar macht. Vor allem wird in vielen Entscheidungen des Reichsgerichts dieses Erfordernis aufgestellt[2]). Aber damit wird das vorhergehende Konstitut doch der ausschlaggebenden Bedeutung beraubt. Es ist nun nicht mehr jenes, das die Uebertragung an den Dritten bewirkt, sondern erst die nachfolgende Uebertragungshandlung.

Nach allem Ausgeführten muß es als unzulässig bezeichnet werden, durch eine solche vorgehende Vereinbarung das Eigentum zu übertragen. Man hat zwar behauptet, daß ein Gewohnheitsrecht für diese Uebertragungsform entstanden sei, aber es fehlt dafür an dem ersten Erfordernis: der allgemeinen Uebereinstimmung. — Selbst wenn es aber rechtlich möglich wäre, so zu verfahren, so bedürfte es doch dafür entsprechender Erklärungen der Parteien. Und diese werden wohl niemals abgegeben werden. Wenn der Beauftragte sich dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet, ihm die angeschaffte Sache später herauszugeben, so enthält das garnichts mehr als die schuldrechtliche Verpflichtung und durchaus noch keine sachenrechtliche Verfügung. Man muß sich davor hüten, die letztere schon in jene erste Erklärung hineinzudeuten. Denn sonst müßte man auch die Verkaufserklärung in derselben Weise umdeuten. Man müßte jeden Verkäufer, der die Sache noch behält, als Besitzmittler des Käufers behandeln und auf Grund einer Einigung schon dem Käufer das Eigentum zusprechen. Damit würde die Unterscheidung zwischen Verpflichtung und Verfügung, zwischen Kauf und Uebereignung fast ganz aufgehoben und damit eine der wichtigsten Grundlagen unseres Vermögensrechtes zerstört werden. Es zeigt sich hier wieder, wie gefährlich es ist, Erklärungen der Parteien, die weder erklärt noch auch gewollt sind, zu „konstruieren", also aus dem Nichts herbeizuzaubern. Der Beauftragte erklärt sich allerdings bereit, die Sache, nachdem er sie erworben, dem anderen zu übertragen. Aber das liegt alles noch durchaus in der Zukunft. Es ist weder beabsichtigt noch erklärt, daß das Eigentum schon sofort übergehen und ein Besitzmittlungsverhältnis geschaffen werden solle.

3. Abschnitt.

§ 8.

Spätere Uebertragung an den Geschäftsherrn.

Nach den bisherigen Erörterungen wird der Geschäftsmittler, der im eigenen Namen gekauft hat, selbst Eigentümer der Sache.

1) herrsch. Meinung.
2) R.G. 73, 418; D.J.Z. 1912, 225; J.W. 1912, 144; Gruch. Beitr. 53, 1049 u. a.

Sie wird an den Dritten, in dessen Auftrag er gekauft hat, erst durch einen zweiten besonderen Akt übertragen. Am deutlichsten hebt sich dieser dann ab, wenn er die Sache durch Uebergabe an den anderen nach § 929 B. G. B. übereignet. Aber es kann auch sein, daß er sie durch Besitzübermittlung nach § 930 überträgt, also ohne Uebergabe, aber durch Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen der Dritte mittelbaren Besitz erlangt. Die beiden verabreden z. B., daß die gekauften Waren im Lagerhause des Mittlers oder auf dessen Bank liegen bleiben sollen. In allen solchen Fällen kann kein Zweifel darüber bestehen, daß das Eigentum nunmehr auf den Dritten übergegangen ist.

Aber es ist nicht notwendig, daß dieser zweite Uebertragungsvertrag von dem Dritten persönlich abgeschlossen wird. Er kann sich dabei eines Vertreters bedienen — und zwar auch, was hier am meisten interessiert, auch des Mittlers selbst. Dieser kann die Uebertragung gleichzeitig als Veräußerer und als Vertreter des Erwerbers vornehmen. Im allgemeinen ist es zwar nicht gestattet, daß jemand einen Vertrag so abschließt, daß er gleichzeitig als Vertragspartei und als Vertreter des Gegners tätig wird. Dieses sog. Selbstkontrahieren ist nach § 181 B. G. B. im allgemeinen verboten, und zwar aus dem treffenden Grunde, daß es bedenklich erscheint, weil seine eigenen Interessen mit denen des Gegners im Widerspruch stehen. Aber eine solche Kollission der Interessen ist dann nicht zu befürchten, wenn der Abschluß lediglich in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt, z. B. wenn er nur eine geschuldete Geldsumme aus der einen Kasse in die andere zahlt. Deshalb wird in diesem Falle das Selbstkontrahieren ausdrücklich erlaubt (§ 181 B. G. B.). Das ist nun für unseren Fall von großer Bedeutung. Die Uebertragung des Eigentums durch den Beauftragten an den Geschäftsherrn erfolgt ja doch in der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Also unterliegt es keinem Bedenken, daß der Beauftragte diese Weiter-Uebereignung vornimmt, indem er den anderen dabei vertritt: der Bankier schreibt z. B. die Papiere auf das Stücke-Konto seines Kunden. Daß in einer solchen Weise die Uebertragung erfolgen könne, ist nicht zu bezweifeln und wird allgemein anerkannt.

Aber es muß dabei gefordert werden, daß diese Uebertragung den Ansprüchen an ein Uebereignungsgeschäft genügt. Es wäre völlig unerträglich, wenn man den inneren Willen des Geschäftsmittlers als ausreichend ansehen wollte. Es würde jede Rechtssicherheit zerstören und es dem Mittler möglich machen, auf Kosten seines Gegners zu spekulieren. Vor allem aber würde es mit dem grundlegenden Satze unserer Rechtsordnung in Widerspruch stehen, daß ein Rechtsgeschäft nur durch die Erklärung eines Willens und nicht durch einen bloßen inneren Willensakt geschlossen wird. Daher wird denn auch allerseits in Wissenschaft[1]) und Rechtsprechung[2]) anerkannt, daß das

1) Oertmann 4 zu § 181; Planck 1a zu 181; Staudinger 8 zu § 181; Enneccerus § 168; v. Tuhr: Allg. Teil 362.

2) R. G. 52, 130; 63, 16; 68, 179; 121, 33.

Selbstkontrahieren nicht durch einen solchen inneren Akt erfolgen kann, sondern äußerlich in die Erscheinung treten muß.

Aber es bleiben doch noch Zweifel und Meinungsverschiedenheiten übrig bezüglich der Frage, in welcher Weise diese Verlautbarung des Willens erfolgen müsse. Nach der vorherrschenden Ansicht genügt hierfür eine jede Handlung, die nach außen den Willen des Mittlers erkennen läßt, also z. B. ein jeder Auftrag, der vor Zeugen geschehen ist[1]). So hat man es insbesondere als genügend bezeichnet, wenn er die Waren für den Geschäftsherrn ausscheidet, insbesondere, wenn ein Bankier die von ihm angeschafften Wertpapiere in ein besonderes Behältnis oder einen Briefumschlag für den Kunden legt. Diese ganze Auffassung muß aber als sehr bedenklich bezeichnet werden[2]). Auch sie steht im Widerspruch mit den Grundlagen unserer Lehre vom Rechtsgeschäft. Zwar liegt hier eine Willensäußerung vor. Aber sie kann als Vertragserklärung nur dann gelten, wenn sie dem Gegner gegenüber geäußert ist, also den Ansprüchen an die sogenannten empfangsbedürftigen Erklärungen genügt. Eine Aeußerung, die dem Vertragsgegner nicht zugänglich ist, kann nach § 151 B. G. B. nur ausnahmsweise genügen, nämlich, wenn eine Aeußerung gegenüber ihm nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder wenn der Antragsteller auf sie verzichtet hat. Beides kann im vorliegenden Falle nicht angenommen werden. Vielmehr entspricht es durchaus der Verkehrssitte, daß der Beauftragte seinem Gegner Mitteilung von der vollen Ausführung seines Auftrages macht. Ja, das Gesetz macht es ihm sogar ausdrücklich zur Pflicht, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben (§ 666). Eine besonders wichtige Mitteilung ist aber gerade die hier in Betracht kommende Anzeige, daß er das Eigentum des gekauften Gegenstandes an den Geschäftsherrn übertragen habe.

Aber auch aus dringenden Gründen der Billigkeit muß jene Ansicht bekämpft werden. Wenn das Gesetz nur die an den Gegner kommenden Erklärungen berücksichtigt, so ist das durchaus nicht ein bloßer Formalismus, sondern es hat gute sachliche Gründe. Was jemand im Kreise seiner Familie oder seines Geschäftspersonals ausspricht, ist noch nicht verbindlich. Und ebensowenig eine Erklärung, daß er diese Papiere dem Kunden übertrage. Sie darf ihn nicht hindern, dieselben nachher wieder aus dem Fach herauszunehmen, wenn er sie z. B. selbst für sich dringend braucht. Anders dürfte es aber zu beurteilen sein, wenn er die Papiere schon in den Büchern der Bank auf das Konto des Kunden übertragen hat. Das ist ein Vorgang, der garnicht wieder aus der Welt geschafft werden kann, daher auch zur Kenntnis des Kunden kommen wird. Ihm dürfte eine größere Tragweite beizumessen sein.

---

1) Oertmann, Enneccerus, Planck, Staudinger a. a. O. Wolff § 67; Staub H. G. B. Anm. 33 ff. zu § 383; R. G. 52, 132 ff. 86, 264.

2) Dagegen mit Recht Lenel a. a. O. 71; Hupka: Vollmacht 278 ff.; Leonhard a. a. O. 98.

Zweifelhaft ist es auch, welche Bedeutung es hat, daß der Geschäftsmittler dem Auftraggeber die Ausführung des Auftrags anzeigt. Eine ausdrückliche Vorschrift findet sich hier in dem Depotgesetz (Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere) vom 5. Juli 1896 in § 7: „Mit der Absendung des Stückeverzeichnisses geht das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten über". Hiernach könnte es scheinen, als ob diese Anzeige auch sonst zur Uebereignung genüge. Aber diese Annahme wäre durchaus unberechtigt. Es handelt sich dort um eine Sondervorschrift: sie erklärt sich erst daraus, daß die gekauften Papiere regelmäßig auf der Bank zu bleiben pflegen [1]). Ganz anders aber ist es bei den Sachen, die nun bald an den Auftraggeber auszuhändigen sind. Hier kann die bloße Anzeige noch nicht als eine Uebereignung gewertet werden. Sie besagt ja garnichts darüber, daß das Eigentum übergehen solle [2]).

Wie gezeigt, nehmen es manche recht leicht mit den Ansprüchen, die an die Weiterübertragung gestellt werden. So kommt man leicht zu dem Ergebnis, daß auch ohne einen besonderen weiteren Akt eine solche Uebertragung „konstruiert" wird: daß also der Geschäftsmittler das Eigentum verliert. Gerade dieses Ergebnis ist es aber, das wir als so bedenklich bezeichnen mußten. Wie in den vorigen Abschnitten dargelegt, muß zum Schutze des Mittlers daran festgehalten werden, daß er das Eigentum zunächst erhält und erst durch einen weiteren schwerwiegenden Uebertragungsakt dann wieder verliert.

4. Abschnitt.

§ 9.

Vertretung bei der Uebergabe.

In den früheren Abschnitten ist dargelegt worden, wie sich die Vertretung bei der Einigung vollzieht. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Vertretung konnten dabei keinerlei Bedenken bestehen. Denn die Einigung ist ein Rechtsgeschäft, und bei solchen ist, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, eine Vertretung statthaft. Es konnten daher nur noch Zweifel darüber auftauchen, welches die Erfordernisse dieser Vertretung sind, nicht aber, ob sie überhaupt statthaft ist.

Ganz anders aber ist es bei der Verschaffung des Besitzes. Sie ist kein Rechtsgeschäft, wie schon daraus hervorgeht, daß sie auch durch die Handlung eines Tieres oder bloße Naturgewalt bewirkt werden kann. Dies wird selbst von den Schriftstellern eingeräumt, die den Besitz für ein Recht halten. Die Verschaffung kann nur, falls sie durch einen Menschen erfolgt, als eine Rechtshandlung betrachtet werden. Auf solche aber sind die Vorschriften des Gesetzes

1) Hahn: Materialien 387.

2) R. G. 11, 61 ff.; R. O. H. G. 25, 251 ff.; Lenel a. a. O. 70 ff; Leonhard a. a. O. 98.

über die Rechtsgeschäfte nicht ohne weiteres anwendbar; vielmehr muß ihre Anwendbarkeit in jedem einzelnen Falle geprüft werden.

Wenn unser Recht eine Vertretung im Besitze zuließe, so würde das bedeuten, daß durch die Erwerbshandlung des A. Besitz für den B. und nur für ihn erworben würde. Das aber ist im Gesetz nur in zwei Fällen zugelassen: nämlich in dem des Besitzdieners (§ 855) und bei dem Vertrag, durch den der bisherige Besitzer einem Dritten die Möglichkeit der Gewalterlangung verschafft (§ 854²). Diese Fälle können nicht analog ausgedehnt werden. Insbesondere kann der Vertreter eines anderen sich nicht willkürlich zum bloßen Besitzdiener des anderen degradieren. Denn in allen Regelfällen ist die Besitzlage ganz anders gestaltet. Wer Besitz für einen anderen erwirbt, wird selbst Besitzer, und der andere ist daneben nur mittelbarer Besitzer. So bestimmt § 868 B. G. B. ausdrücklich. Es gilt auch in den Fällen, wo er lediglich im Interesse des anderen handelt: denn das Gesetz nennt auch den Verwahrer mit unter den Besitzmittlern. Es handelt sich hier auch nicht etwa um einen Punkt von untergeordneter Bedeutung, sondern um eine Neuerung von großer Tragweite. Im römischen Recht wurde allerdings der Fremdbesitzer regelmäßig als bloßer detentor und nicht als Besitzer behandelt. Aber das deutsche Recht und ihm folgend das heutige Recht stehen geflissentlich auf dem entgegengesetzten Standpunkte. Sie wollen auch den Fremdbesitzer und zwar auch den, der kein eigenes Interesse hat, dennoch als Besitzer anerkennen.

Hieraus erhellt, daß es nach unserem Recht — abgesehen von den Fällen der §§ 854² und 855 — eine Vertretung im Besitze nicht gibt. Dennoch wäre es freilich denkbar, daß die Aushändigung des Besitzes an B. als eine Uebergabe an den von ihm vertretenen C. aufzufassen wäre. Man könnte nämlich annehmen, daß schon die Verschaffung des mittelbaren Besitzes als Uebergabe zu betrachten sei. In der Tat wird dies fast allgemein angenommen. Aber es ist unhaltbar[1]. Denn das Gesetz bezeichnet die Verschaffung des mittelbaren Besitzes nicht als Uebergabe, sondern nur als Ersatz der Uebergabe. Sowohl bei der Besitzübermittlung des § 930, wo der Dritte immer mittelbaren Besitz erlangt, wie bei der Anspruchsabtretung des § 931, wo dies doch regelmäßig der Fall ist, spricht es ausdrücklich nur von einem solchen Ersatz der Uebergabe. Man hat freilich behauptet, dies auf andere Weise erklären zu können: in den Fällen der §§ 930 und 931 erfolge die Uebertragung ohne jede Ortsveränderung — und das sei der Grund, weshalb eine wirkliche Uebergabe verneint werde[2]. In unserem Fall der Vertretung dagegen werde ja die Sache tatsächlich aus der Hand gegeben. Diese Beweisführung trifft aber nicht zu. Nach ihr müßte auch die Vereinbarung, daß die beim Erwerber schon befindliche Sache auf ihn

1) Leonhard a. a. O. 84 ff.; Matthiaß: Lehrbuch 2 § 18.; Endemann II 1 § 80; Wendt Ziv. Arch. 74, 162.

2) Rümelin Ziv. Arch. 93, 262 u. andere.

übergehen solle — die sogenannte traditio brevi manu — von der Uebergabe ausgeschlossen sein: denn auch bei ihr findet eine Ortsbewegung nicht statt. Und doch denkt das Gesetz (§ 929, 2) garnicht daran, dies als bloßen Ersatz der Uebergabe zu bezeichnen. Hier hat der Erwerber vollen unmittelbaren Besitz — und deshalb wird dieser Fall der Uebergabe wirklich gleichgestellt. Hier zeigt sich deutlich: es kommt nicht darauf an, ob die Sache äußerlich bewegt wird, sondern darauf, ob der Erwerber unmittelbaren Besitz erlangt. Nur dann liegt eine wirkliche Uebergabe vor.

Dennoch läßt sich allerdings nicht bestreiten, daß die Möglichkeit gegeben sein muß, schon mit der Uebergabe an den Vertreter den dritten Vertretenen zum Eigentümer zu machen. Diese Form kann vom Verkehr schlechterdings nicht entbehrt werden. Wenn also keine Uebergabe vorliegt, so muß ein Ersatz der Uebergabe angenommen werden. Da die Form des § 930 (Besitzübermittlung) hier nicht paßt, bleibt nur die des § 931 übrig [1]). Der Veräußerer kann seinen Herausgabeanspruch auch schon abtreten, bevor er entstanden ist. Er kann also mit dem Erwerber oder dessen Vertreter schon vorher und daher auch gleichzeitig mit der Uebergabe vereinbaren, daß diesem der Anspruch übertragen werde: und es steht auch nichts im Wege, eben den, der die Sache erhält, zum Vertreter des Erwerbers zu bestellen. Diese Deutung erscheint auf den ersten Blick künstlich, dürfte aber doch dem Sinne des Vorgangs entsprechen. Wenn A. dem B. eine Sache für C. übergibt, so ist der Sinn dessen, daß C. berechtigt sein soll, sie sich von B. aushändigen zu lassen: in der Tat ist also darin die Zuwendung des Herausgabeanspruchs enthalten. Diese Zuwendung erfolgt durch einen Vertrag des A. mit B., also ist dieser in der Tat als Vertreter des C. bei dieser Zuwendung zu betrachten. Wer aber dennoch diese Deutung für allzu verwickelt hält, kann sie auch dahin abschwächen, daß der Vorgang analog einer solchen Abtretung aufzufassen ist. Das Entscheidende bleibt immer, daß eine eigentliche Uebergabe an C. nicht vorliegt.

Gegen diese Auffassung ist von der herrschenden Lehre immer wieder eingewendet worden, daß sie einen allzu künstlichen Umweg darstelle. Aber dieser Umweg ist eben notwendig, um die dringend gebotenen Rechtsfolgen zu erzielen. Denn die Gegenansicht wird der Grundauffassung des Gesetzes über die Stellung des Besitzmittlers nicht gerecht und führt daher zu bedenklichen praktischen Folgen. Diese müssen vor allem ins Auge gefaßt werden. Sehr oft liest man, daß die herrschende Auffassung ohne weiteres als die einfachere zu Grunde gelegt wird: ohne jede Prüfung der praktischen Ergebnisse. Eine solche Behandlung wird der hier vertretenen Ansicht durchaus nicht gerecht. — Wenn hier eine wirkliche Uebergabe vorläge, so würde nach dem B. G. B. kein Raum für irgendwelche Rechte des

---

1) Leonhard a. a. O.; Matthiaß a. a. O.

Besitzers bleiben. Vor allem gehen im Falle einer Uebergabe alle dinglichen Rechte des Besitzers unter (§ 936 B. G. B.). Allerdings gilt dies nur, wenn der Erwerber gutgläubig ist. Und so hat man nicht ganz ohne Grund eingewendet, daß der Vertreter ja seine eigenen Rechte kenne und daß sich nach seiner Person der gute Glaube bestimme (§ 166 B. G. B.). Aber dieser Gegengrund reicht doch nicht aus, um das erhobene Bedenken zu zerstreuen. Denn es kann recht wohl sein, daß der Vertreter sein Recht nicht kennt und auch nicht grob fahrlässig ist. Es werden z. B. Möbel in der Weise erworben, daß sie an den Vermieter der Wohnung als Vertreter des Erwerbers herausgegeben werden. Es kann dabei sehr leicht sein, daß der Vermieter im Zeitpunkte des Erwerbes von seiner Forderung nichts weiß: z. B., weil sie sich auf eine Beschädigung der Wohnung durch den Mieter gründet. Oder ein Auto wird dadurch veräußert, daß der Inhaber der Werkstätte es als Vertreter des Erwerbers entgegennimmt. Auch hier kann es leicht sein, daß er die Höhe seines Reparaturanspruches nicht kennt, oder gar glaubt, daß er schon abbezahlt sei. Höchst seltsam wäre es nun, wenn er zur Strafe für seine Unkenntnis sein Pfandrecht verlieren sollte. Diese ganze Unterscheidung danach, ob er sein Recht kannte, erscheint sachlich ganz unbegründet. Dies wird auch von manchen Gegnern zugegeben. Man hat sich aber damit helfen wollen, daß man für diesen Fall eine analoge Anwendung des § 931 befürwortet hat[1]). Dieses ganze Verfahren muß indessen durchaus verworfen werden. Zuerst wird die ganze Lehre, die die Anwendung des § 931 verteidigt, aufs Schärfste mißbilligt — und danach wird da, wo die Frage praktisch wird, dennoch dieser § 931 angewendet! Die juristischen Konstruktionen haben doch nur den Zweck, die anzuwendenden Rechtssätze aufzuzeigen. Wenn man eine bestimmte Lehre in ihren Folgen anwendet, kann man sie nicht in der Theorie verwerfen.

Dasselbe gilt bezüglich der schuldrechtlichen Ansprüche, die dem Vertreter gegen den Veräußerer zustehen. Es ist möglich, daß der Vertreter eben diese Sache selbst für sich von dem Veräußerer gekauft oder etwa für eine bestimmte Zeit gemietet hat. Wenn nun das Eigentum durch Uebergabe nach § 929 B. G. B. übertragen wäre, so könnte der Mittler seine Gegenansprüche aus diesem Kauf- oder Mietvertrage dem Geschäftsherrn nicht entgegenhalten. Er würde also seiner Rechte in der unbilligsten Weise beraubt werden. Dagegen kann ihn nur der § 986 B. G. B. schützen, wonach er die Einwendungen, die er gegen den Veräußerer hat, auch gegen den neuen Eigentümer geltend machen kann. Aber diese Vorschrift bezieht sich eben nur auf den Fall, wo die Veräußerung durch Abtretung des Anspruchs erfolgt ist. Sie ist geflissentlich nur für diesen Fall gegeben und kann durchaus nicht auf den Fall der Uebertragung durch Uebergabe angewendet werden. Denn sie beruht auf dem Grundgedanken des

1) Rümelin a. a. O. 264.

§ 404 B. G. B., wonach die Einreden, die gegen einen Anspruch bestanden, auch gegenüber einem Rechtsnachfolger geltend gemacht werden können, kann also nur auf den Fall einer Abtretung Anwendung finden. Nach der herrschenden Lehre ist daher keine Möglichkeit gegeben zum gleichen Ergebnis zu gelangen. Und doch besteht sicherlich ein starkes Bedürfnis nach Zulassung dieser Einrede. Auch hier entscheiden deshalb manche Anhänger der herrschenden Lehre im gleichen Sinne, indem sie wieder den § 931 analog anwenden[1]). Auch hier muß das gleiche Bedenken gegen die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens erhoben werden. Es hat keinen Sinn, eine Lehre zu verwerfen und dann doch ihre Gedanken anzuwenden. Zwar hat man sich damit beruhigt, daß der § 931 nicht direkt, sondern nur analog angewendet werde[2]). Aber zwischen beiden ist irgend ein sachlicher Unterschied nicht zu finden.

So zeigt sich, daß die hier vertretene Ansicht aus erheblichen praktischen Gründen den Vorzug verdient. Auch die Einwendungen, die man gegen sie erhoben hat, sind nicht von Belang. Der triftigste Gegengrund wäre noch der schon erwähnte, daß sie erst auf einem künstlichen Umwege zum Ziele führt. Aber wie wir sahen, geschieht das ja nicht ohne Grund: sondern es ist nötig, um die erwünschten praktischen Folgen zu erzielen und die Entscheidung der Besitzlehre des Gesetzes anzupassen. Ferner hat man behauptet, daß der Veräußerer gar keinen Herausgabeanspruch habe, den er abtreten könne, da er ja die Sache freiwillig weggegeben habe[3]). Aber das ist unrichtig: auch wer eine Sache aus der Hand gibt, hat einen Anspruch auf ihre Herausgabe. Dieser Anspruch kann auch schon vor der Herausgabe abgetreten werden. Endlich hat man eingewendet, daß die Parteien nicht den Willen einer Abtretung hätten[4]). Aber es ist schon dargelegt, daß diese durchaus im Sinne des Geschäftes liegt: es wird vereinbart, daß der Erwerber berechtigt sein soll, den Herausgabeanspruch gegen den Vertreter zu erheben. Richtig ist, daß die juristische Form dem Laien nicht klar sein wird. Aber das trifft ja für die meisten Rechtsgeschäfte zu, und ganz besonders für jede Abtretung des dinglichen Anspruchs. Wenn A. dem B. seine auf der Bank liegenden Papiere überträgt, so erstreckt sich das Bewußtsein des Laien nicht weiter, als daß B. die Papiere dort selbst herausverlangen kann. Daß es sich aber hier um die Abtretung eines dinglichen Anspruchs handele, das ist ihm nicht bekannt — schon deshalb nicht, weil ihm der Begriff des dinglichen Anspruchs meistens unbekannt sein wird.

1) Insbesondere Rümelin a. a. O. 265.
2) Rümelin a. a. O.
3) Langen: Eigentumserwerb 90.
4) Langen daselbst.

Lebenslauf.

Am 2. 12. 1906 bin ich in Bunzlau in Schlesien als Tochter des praktischen Zahnarztes Dr. Hans Lange geboren. Ich besuchte die Viktoria Luisen-Schule in Berlin-Wilmersdorf und bestand dort die Reifeprüfung am 8. März 1927. Von da an studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Berlin, Heidelberg und Marburg. Am 3. September 1932 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in Kassel. Ich war an den Amtsgerichten Mittenwalde bei Berlin und Berlin-Spandau beschäftigt. Jetzt bin ich dem Landgericht Berlin überwiesen aber beurlaubt, da ich z. Zt. eine Assistentenstelle an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg bekleide.